

# PRISÃO PROVISÓRIA: DIREITO ALEMÃO E BRASILEIRO<sup>(\*)</sup>

**SIDNEI AGOSTINHO BENETI**

*Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo e Professor Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*

## SUMÁRIO:

### I — PRISÃO PROVISÓRIA:

1. Formas da prisão provisória;
2. Disciplina constitucional;
3. Números da prisão provisória;

### II — SISTEMAS ALEMÃO E BRASILEIRO:

- A) Prisão em flagrante e *Festnahme auf frischer Tat*;
4. Prisão em flagrante e *Festnahme auf frischer Tat*;
5. Duração da prisão em flagrante e da *Festnahme auf frischen Tat*;
- B) Prisão preventiva e *Untersuchungshaft*;
6. Prisão preventiva e *Untersuchungshaft*;

7. Pressupostos;
8. Princípio da proporcionalidade;
9. Procedimento após a prisão;

10. Duração da prisão;
11. Revogação e suspensão;
12. Recursos e *Haftprüfung*

### III. CONCLUSÕES

13. Modalidades de conclusões;
14. Identidade de natureza;
15. Identidade de finalidade;
16. Identidade de abrangência;
17. Analogia constitucional;
18. Analogia processual;
19. Analogia administrativa;
20. Diversidade de efeitos.

## I. PRISÃO PROVISÓRIA

1. FORMAS DA PRISÃO PROVISÓRIA. A prisão provisória é sempre e, antes de mais nada, privação da liberdade, de maneira que, como tal, deveria ser imposta apenas por sentença final <sup>(1)</sup> pois é esse, no Estado de Direito, o instrumento legal de restrição ao direito de liberdade <sup>(2)</sup>. Mas é da essência da prisão provisória a imposição, em determinados casos <sup>(3)</sup>, no decorrer do processo, antes do julgamento da acusação <sup>(4)</sup>.

A legislação processual penal brasileira e a alemã prevêm duas espécies <sup>(i-A)</sup> de prisão provisória, cujas linhas principais são semelhantes, embora com marcante diversidade procedimental, em ambos os sistemas jurídicos: a) A prisão em flagrante (art. 301 de CPP) e a *Festnahme auf frischer Tat* (§ 127 da StPO); b) a prisão preventiva (art. 311 do CPP) e a *Untersuchungshaft* (§ 112 da StPO e *Untersuchungshaftvollzugsordnung — UVollzO*, de 12.2.1953, com a redação de 15.12.1976).

(\*) Trabalho realizado no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, em Freiburg, BRD (fev/jun-1988), mediante bolsa de pesquisa. O autor agradece aos Diretores do Instituto, Professores Albin Eser e Günther Kaiser, ao Diretor Aposentado, Professor Hans-Heinrich Jescheck, bem como, especialmente, aos Professores Peter Hünnerfeld e Kurt Madlener, orientadores do estágio e da vida na Alemanha. Agradece, também, aos Juizes do Tribunal de Alçada Criminal e aos Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que autorizaram o afastamento.

A disciplina de ambas as formas de prisão provisória diferencia-se nos sistemas alemão e brasileiro, mas, substancialmente, operam elas consequências idênticas. A prisão em flagrante e a *Festnahme auf frischer Tat* são realizáveis, independentemente de mandado judicial, pela autoridade pública ou por qualquer cidadão, no momento da ocorrência de uma infração penal ou logo em seguida a ela, ao passo que a prisão preventiva e a *Untersuchungshaft* são impostas por decisão judicial, diante da necessidade cautelar de manter o acusado preso, para garantia do desenvolvimento normal do processo ou da execução de futura pena privativa de liberdade <sup>(5)</sup>.

2. DISCIPLINA CONSTITUCIONAL — As diferenças entre os institutos referentes à prisão provisória no Direito Alemão e no Direito Brasileiro provêm, no âmbito da dogmática, do texto da Lei Fundamental da República Federal Alemã (§ 104) e da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 153, § 12 <sup>(5-A)</sup>).

Ambos os textos garantem a liberdade individual como regra e estabelecem as exceções em que a prisão, por decisão final ou provisória, é constitucionalmente admitida <sup>(6)</sup>. O texto da Lei Fundamental alemã, contudo, realiza melhor a garantia, pois é preciso e auto-aplicável, inclusive no aspecto procedimental, ao passo que o regramento da Constituição brasileira é genérico e apenas programático, necessitando de legislação processual complementar <sup>(6-A)</sup> a ser promulgada, eis que a legislação processual vigente é antiga, defasada, produzida em momento da vida política nacional influenciada pelo Código de Processo Penal italiano na versão da época do regime fascista <sup>(7)</sup>.

3. NÚMEROS DA PRISÃO PROVISÓRIA. Os dois sistemas, o alemão e o brasileiro, produzem números diferentes de prisões provisórias, em comparação com o número geral de presos existente, a qualquer título, no país <sup>(8)</sup>. E não se pode atribuir tão-somente à forma de normação processual penal a responsabilidade pelos números elevados ou reduzidos de prisões provisórias, dada a interferência de vários outros fatores, inclusive sociológicos, na formação dos números, mas, sem dúvida, o perfil sistemático, processual e constitucional, desempenha importante papel na produção e manutenção de números mais elevados ou menos significativos de prisões.

A estatística alemã apresenta o baixo percentual de 22 a 23% de casos de prisão preventiva <sup>(9)</sup> no quadro geral de presos do país <sup>(9-A)</sup>. Falta ao Brasil o levantamento estatístico específico, mas o número de presos provisórios no país pode ser calculado, com alguma segurança, de 33% a 35%, partindo de dados oficiais e extra-oficiais referentes aos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro que, por conterem as maiores concentrações populacionais, podem servir de amostragem segura “a maior” <sup>(10)</sup>, pois os outros Estados, com a concentração populacional em cidades menores, fatalmente registrarão menor percentual de prisões provisórias <sup>(11)</sup>.

Registra-se no Brasil, entretanto, o fenômeno da prisão não documentada, realizada à margem da lei, por agentes policiais, a chamada “prisão para averiguações”, repudiada pela consciência jurídica brasileira, mas de impossível controle na atualidade <sup>(12)</sup>, devido ao sistema processual vigente e às condições administrativas, sociais e, mesmo, às características geográficas do país, especialmente a vastidão territorial, disparidades enormes no desenvolvimento regional, a gerar a migração interna, com o conseqüente aumento populacional incontrolável nas grandes cidades e grande número de pessoas marginalizadas, a fornecer massas significativas sem controle estatístico, inclusive no que diz respeito às formas legais da persecução criminal.

O número dessas prisões para averiguações é desconhecido <sup>(13)</sup>, mas, atuando como autênticas prisões provisórias enquanto se desenvolvem investigações policiais, a inclusão de seu número deverá elevar o percentual de presos provisórios legalmente registrado, ou seja, em regime legal de prisão preventiva e a prisão em flagrante, já apontado <sup>(13-A)</sup>.

A) Prisão em flagrante e *Festnahme auf frischer Tat*

4. PRISÃO EM FLAGRANTE E *FESTNAHME AUF FRISCHER TAT* <sup>(14)</sup>. Os institutos da lei processual brasileira e alemã, destinados à prisão de quem se encontre realizando a infração penal ou acabe de cometê-la são a prisão em flagrante e a *Festnahme auf frischer Tat* (art. 301 do CPP e § 127 da StPO), cumprindo, esta última, um de dois objetivos: a identificação de quem seja pilhado cometendo infração penal *Festnahme zur Identifizierung eines auf*

## II. SISTEMAS ALEMÃO E BRASILEIRO





*frischer Tat Betroffenem*, § 127, I, da StPO) e preparação da prisão preventiva *Festnahme als Vorstufe von Untersuchungshaft*, § 127, II, da StPO) <sup>(15)</sup>.

A lei brasileira é ampla ao estabelecer o que seja flagrante delito. O art. 302 do CPP considera em flagrante delito quem: “I — Está cometendo a infração penal; II — Acaba de cometê-la; III — É perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV — É encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração” <sup>(16)</sup>.

A lei alemã limita a *Festnahme auf frischer Tat* às hipóteses de o agente ser surpreendido a praticar o crime ou ser perseguido em seguida a ele e de haver suspeita de fuga ou não se poder constatar imediatamente sua identidade <sup>(17)</sup>, ou, como diz o parágrafo 127 da StPO: “Se alguém for surpreendido em flagrante ou perseguido, todos estarão autorizados, quando for suspeito de fuga ou não se puder constatar imediatamente sua identidade, a detê-lo provisoriamente, também sem ordem judicial.”

Mas o mesmo dispositivo concede autorização para a prisão, sem ordem judicial, ao Ministério Público e à Polícia, “no caso de perigo de retardamento, se presentes os pressupostos para a ordem de prisão ou a ordem de internamento” <sup>(18)</sup>. Não se trata, nesse caso, de prisão *auf frischer Tat*, pois o agente não terá sido preso cometendo ou acabando de cometer a infração penal <sup>(19)</sup>. O dispositivo abre largo caminho à atuação dos órgãos da persecução penal, superando a amplitude da lei brasileira, carente, esta, de dispositivo semelhante, especialmente para, com o oferecimento de caminho legal <sup>(20)</sup>, ensejar controle mais eficiente das já mencionadas “prisões para averiguações” <sup>(21)</sup>.

Essa última modalidade de prisão autorizada pela lei alemã situa-se, com propriedade, fora do item 1, do § 127, StPO, que se dirige à *Festnahme auf frischer Tat*, mas, consignada logo em seguida, no item 2 do mesmo § 127 da StPO, constitui útil instrumento de ação para o efetivo combate à criminalidade.

5. DURAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE E DA *FESTNAHME AUF FRISCHER TAT*. — Aqui está um dos pontos básicos da higidez sistemática da legislação alemã, bem como de garantia à liberdade individual no país, contra abusos realizáveis por intermédio da força policial.

Diante da *Festnahme auf frischer Tat* ou de outra forma de prisão provisória, como a realizada pela Polícia ou pelo Ministério Público em casos urgentes (§ 127, § 2, da StPO), o acusado, até o dia seguinte à prisão, tem de ser apresentado ao Juiz <sup>(21-A)</sup> da localidade em que ocorrida, para interrogatório e imediata decisão (§ 128, StPO, § 104, da *Grundgesetz*, a “Lei Fundamental”, que corresponde à Constituição da República Federal Alemã), de modo que, se o Juiz considerar ilegal a prisão ou se entender que seus motivos cessaram, colocará o acusado em liberdade (§ 127, 2, 1.ª parte, da StPO) ou, “em outros casos, a requerimento do Ministério Público ou de ofício, se um Promotor não for localizável, expedirá a ordem de prisão ou de internamento” (§ 128, 2, da StPO).

Qualquer prisão sem ordem judicial, portanto, subsiste somente por um dia <sup>(22)</sup>, ao término do qual o acusado estará em uma de duas situações, definidas pelo Juiz: ou estará em liberdade, ou estará preso por ordem judicial, em prisão preventiva (*Untersuchungshaft*), já interrogado pelo Juiz e com a prisão comunicada, pelo Juiz, a um familiar ou a quem o preso indicar (§ 114, b, da StPO) <sup>(23)</sup>.

A sistemática brasileira fornece garantia muito menos eficiente ao preso — e, indiretamente, também ao agente da prisão em flagrante. Realizada a prisão, o acusado, o autor da prisão, denominado condutor, e as testemunhas, são ouvidos pelo Delegado de Polícia <sup>(24)</sup>, que documenta o flagrante em escrito (auto de prisão em flagrante) e decide pela soltura ou pela subsistência da prisão do acusado, entregando-lhe, neste caso, nota de culpa, com sumário esclarecimento dos motivos da prisão (arts. 304 e 306 do CPP).

Em vinte e quatro horas, contadas do momento da prisão, o Delegado de Polícia envia ao Juiz competente para ação penal uma cópia do auto de prisão em flagrante, documento esse que é examinado pelo Juiz para verificação da regularidade ou irregularidade da prisão, sem, contudo, ouvir o preso, que não lhe é apresentado. Essa cópia do auto de prisão em flagrante é arquivada, mediante despacho judicial, permanecendo o acusado, portanto, preso, caso não se patenteie ao Juiz, *ictu oculi*, alguma nulidade no auto de prisão em flagrante. A seguir, o Delegado de Polícia deve entregar os autos em dez dias ao



Juiz, que incontinenti, os envia ao Promotor para oferecimento de denúncia ou manifestação de pedido de arquivamento. Somente após esses prazos, legalmente reservados ao Delegado de Polícia e ao Promotor de Justiça, é que o Juiz marca data para o interrogatório do acusado, no caso de contra ele haver sido oferecida denúncia.

Como se vê, o auto de prisão em flagrante, lavrado pelo Delegado de Polícia, é suficiente para justificar a prisão provisória por prazo bem extenso, se aprovada pelo Juiz ao exame da cópia do flagrante e no ato de recebimento da denúncia.

A duração da prisão em flagrante, decidida inicialmente pelo Delegado de Polícia, obedecerá a um dos prazos seguintes: a) vinte e quatro horas, no caso de o Juiz “relaxar” o flagrante, por não cabimento ou nulidade, ao receber a cópia e constatar irregularidade na prisão; b) dez dias, aproximadamente, caso o Juiz defira pedido de arquivamento do inquérito policial, formulado pelo Promotor, ou, após a denúncia, conceda a liberdade provisória, com ou sem fiança, para o acusado responder ao processo em liberdade; c) oitenta e um dias <sup>(25)</sup>, ou pouco mais ou menos, caso não se complete, nesse prazo, a prova de acusação <sup>(26)</sup>; d) até “prazo razoável”, em casos complexos, referentes a crimes graves, ou em que a demora no julgamento ocorra devido a fato imputável à defesa, hipóteses em que não se obtenha a rápida decisão do caso, por sentença — salientando-se que o prazo, nessas condições, dificilmente ultrapassará seis meses da data da prisão, embora, raramente, é certo, se registrem processos em que a permanência do acusado em prisão provisória dure um ano ou mais <sup>(27)</sup>.

Patente a superioridade do sistema da lei alemã, que encurta prazos, estabelece a imediatidade entre o Juízo e o preso, cria controle muito seguro e rápido da atuação policial, preserva relações humanas do acusado — numa palavra: aplica, na prática cotidiana, o mandamento da Lei Fundamental de só haver prisão por ordem judicial no país (art. 104 da GG), de modo que se tolera apenas brevíssimo tolhimento da liberdade individual, sem decisão do Juiz, por um dia.

#### B) Prisão preventiva (*Untersuchungshaft*)

6. PRISÃO PREVENTIVA e *untersuchungshaft*. — A prisão preventiva, no Direito brasileiro, e a *Untersuchungshaft*, no Direito alemão, são típicas medidas judiciais de caráter cautelar, providências tomadas pelo Juiz diante da presunção de que o acusado virá a ser condenado à pena privativa de liberdade, bem como de que, se permanecer em liberdade durante o processo, irá dificultar a apuração do crime, por meio da fuga, intimidação de vítimas <sup>(28)</sup>, testemunhas ou peritos ou destruição de provas, ou, ainda, de que voltará a delinquir enquanto durar o processo ou, por fim, de que frustrará a execução da pena mediante a fuga.

A doutrina alemã e a doutrina brasileira focalizam o instituto de modo completamente diferente. A alemã analisa os termos legais (§ 112 e segs. do StPO) organizando-os, para estudo, em dois tipos de pressupostos, os materiais e os formais <sup>(29)</sup>, ao passo que a brasileira <sup>(30)</sup> é fiel ao molde latino, encontrado nos direitos italiano, espanhol e português, o qual revela influência da sistematização processual civil dos provimentos cautelares em geral <sup>(31)</sup>. No sistema brasileiro, fala-se em *periculum in mora* e *fumus boni iuris* como pressupostos da prisão preventiva ou, em exposição de maior abrangência, em quatro pressupostos: a) natureza do crime; b) probabilidade da condenação; c) *periculum in mora*; d) controle jurisdicional prévio <sup>(32)</sup>.

A tentativa de comparação dos institutos deve dar-se de acordo com a sistematização alemã, mais adequada à análise, devido à especificação da abrangência.

7. PRESSUPOSTOS. — A previsão legal da prisão preventiva no Direito alemão <sup>(33)</sup> distribui-se em dois tipos de pressupostos: os materiais, assim denominados porque situados fora do campo processual, no próprio crime ou no agente, e os formais, referentes ao processo, ou seja, à forma de efetivação da prisão.

Os pressupostos materiais são: 1.º) a forte suspeita de cometimento do delito (*dringend Verdacht*) <sup>(34)</sup>; 2.º) o motivo da prisão (*Haftgrunde*), que se divide em quatro motivos possíveis: a) fuga ou perigo de fuga (*Flucht oder Fluchtverdacht*) <sup>(35)</sup>; b) perigo de obscurecimento da prova (*Verdunkelungsgefahr*) <sup>(36)</sup>; c) gravidade do fato (*Schwerer der Tat*) <sup>(37)</sup>; d) perigo de cometimento de novos crimes (*Wiederholungsgefahr*) <sup>(38)</sup>.



Esses mesmos pressupostos podem ser encontrados, com diversa linguagem, na lei processual penal brasileira <sup>(39)</sup>, que exige também a motivação da decisão que decreta a prisão preventiva, vale dizer, a exposição das hipóteses legais em que é ela autorizada (art. 315 do CPP) <sup>(39-A)</sup>. Os termos da lei brasileira são, entretanto, mais amplos e genéricos, permitindo ao Juiz maior margem de interpretação para o enquadramento de cada caso, o que não resulta, na prática, como poderia de início parecer, em prodigalização da prisão — ante a ponderação judicial sempre presente nesses casos e, inclusive, as notórias dificuldades carcerárias, que impõem, concretamente, restrição ao número de prisões, sob qualquer de suas formas, de modo que se tornam, estas, aplicáveis somente em último caso, quando esgotadas todas as demais alternativas.

A lei brasileira estabelece, como pressupostos da prisão preventiva, que seja ela decretada “como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (art. 312 do CPP) e quando se tratar de “crimes dolosos: I — punidos com reclusão; II — punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio, ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III — se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado”, exceto se presentes as justificativas penais (art. 313 do CPP) <sup>(40)</sup>.

Essas hipóteses, em que a lei brasileira autoriza a decretação da prisão preventiva, são, na essência, semelhantes aos pressupostos da *Untersuchungshaft* alemã <sup>(41)</sup>. Com efeito:

1) O primeiro pressuposto material (*dringend Verdacht*) é a mesma idéia que, no Direito brasileiro, norteia o requisito da “prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria”, ou seja, só é “fortemente suspeito” quem tem contra si o fato seguro da existência objetiva de um crime <sup>(42)</sup> e também dados objetivos que constituam indícios sérios de ser seu autor.

2) O segundo pressuposto material (*Haftgrund*), isto é, o “motivo” para a prisão, é a constatação de que, permanecendo o acusado em liberdade, tentará ele frustrar a ação ou a execução penal ou agredirá a vida em sociedade. Para que essas ações, que necessitam de coerção, sejam juridicamente qualificadas como motivos de prisão, será preciso que caracterizem:

a) Suspeita de fuga (*Fluchtverdacht*), atividade subsumível, na lei brasileira, na “conveniência da instrução criminal” ou em “assegurar a aplicação da lei penal”.

b) Perigo de obscurecimento da apuração do crime (*Verdunkelungsgefahr*), que corresponde, no Brasil, à “conveniência de instrução criminal”.

c) Perigo de cometimento de novos crimes (*Wiederholungsgefahr*), idéia abrangida pela noção de “garantia da ordem pública” no sistema brasileiro.

d) Gravidade do fato (*Schwerer der Tat*), limitada aos delitos de homicídio, genocídio, formação de grupo terrorista e uso doloso de explosivos, similar à previsão brasileira de prisão preventiva para os crimes mais graves, que são os punidos com a pena de reclusão, anotando-se que, na Alemanha, a análise desse pressuposto sempre lembra o motivo de prisão consistente no “alarme social” (*Erregung in der Öffentlichkeit*), constante de lei de 1935, do período nacional-socialista.

Os pressupostos formais, idênticos em ambos os sistemas, são os seguintes: 1.º) Mandado escrito (*schriftliche Haftbefehl*), contido, no Direito brasileiro, na exigência de expedição de mandado de prisão (arts. 282 e 285 do CPP) e de conferência do mandado no ato do encarceramento (art. 288). 2.º) Competência do Juízo (*Zuständigkeit*), expressamente referida pela lei brasileira, ao final do dispositivo legal autorizador da prisão, ou seja, a exigência de que a ordem provenha “da autoridade competente” (art. 282 do CPP) <sup>(43)</sup>.

8. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. — Todo o sistema das prisões provisórias, na Alemanha e no Brasil, observa o chamado princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), pelo qual a prisão preventiva não pode ser imposta caso não exista adequação da grave restrição da liberdade à infração penal e à pena prevista. Desse princípio resulta a inadmissibilidade da prisão preventiva relativamente a pequenas infrações, para as quais não seja prevista pena privativa de liberdade <sup>(44)</sup>.

O princípio consta do § 112, I, 2, da StPO e é particularizado, no § 127 da StPO, levando à inviabilidade da prisão preventiva para o caso de ser antevista a não aplicação de pena privativa de liberdade <sup>(45)</sup>, de modo que é inviável a *Untersuchungshaft* no tocante às infrações penais de menor gravidade <sup>(46)</sup>.



Diante desse princípio, pode-se afirmar que, no Direito alemão, a prisão preventiva significará, como regra, antecipação da pena privativa de liberdade, pois sem a previsão desta não poderá ela ser decretada e, por outro lado, sua duração será descontada do tempo de cumprimento da pena.

O Direito brasileiro não desenvolveu doutrinariamente o princípio da proporcionalidade, mas, a despeito de não formalmente exposto, pode a noção ser vista na evolução legislativa brasileira e na aplicação prática da prisão preventiva.

Com efeito, a evolução histórica brasileira é indicativa da observância do princípio. O Código de Processo Penal conteve, na primeira redação, a regra da prisão preventiva obrigatória, no caso de delitos graves<sup>(47)</sup>, coerente com o modelo italiano da época<sup>(48)</sup>. Atualmente, contudo, não poderá ser decretada a prisão preventiva nos casos não abrangidos pelo art. 313 do CPP, ou seja, não poderá ocorrer tratando-se de: a) contravenções penais; b) crimes culposos; c) crimes punidos com detenção, salvo se o acusado for vadio ou se houver dúvidas sobre sua identidade e não fornecer ele elementos para esclarecê-la; d) crimes punidos com reclusão, em que ausentes os requisitos da “garantia da ordem pública”, “conveniência da instrução criminal” ou “segurança na aplicação da lei penal”<sup>(49)</sup>. E, além de nesses casos não se decretar a prisão preventiva, também neles não subsistirá a prisão em flagrante, por expressa previsão da obrigatoriedade de concessão de liberdade provisória quando, no próprio auto de prisão em flagrante, se patentear a inexistência de hipóteses de prisão preventiva<sup>(50)</sup>.

Excluem-se, pois, da prisão preventiva, também no Brasil, os denominados “delitos de bagatela”<sup>(50-A)</sup>. E a prisão em flagrante e preventiva serão antecipação da execução da pena privativa de liberdade, por intermédio da detração da pena (art. 42 do CP).

9. PROCEDIMENTO APÓS A PRISÃO. — Na Alemanha, cumprido o mandado de prisão preventiva, o preso deve, em obediência a mandamento constitucional (art. 104 da Lei Fundamental)<sup>(51)</sup>, ser apresentado, até o dia seguinte, ao Juiz que a tiver decretado (§ 115 da StPO), ou, caso impossível a apresentação a esse Juízo, ao Juiz do *Amtsgericht*<sup>(51-A)</sup> mais próximo ao local da prisão (§ 115, a). O Juiz a quem for apresentado o preso deverá tomar, incontinenti, duas providências e duas decisões: a) comunicar a prisão a um familiar do preso ou a pessoa por este indicada *Benachrichtigungspflicht*, § 114, b, da StPO), exceto se dessa comunicação puder resultar perigo para as investigações (§ 114, b, 2); b) interrogar o acusado (§ 115 da StPO)<sup>(52)</sup>; c) decidir se mantém ou não a prisão preventiva, diante do interrogatório e, porventura, de novos dados de prova; d) determinar o regime de cumprimento da prisão preventiva<sup>(53)</sup>, se a confirmar (§ 119 da StPO)<sup>(54)</sup>.

No Brasil, cumprido o mandado de prisão preventiva, se expedido antes do recebimento da denúncia, não haverá possibilidade de interrogatório judicial, ao passo que, se a ação penal já estiver em Juízo, o interrogatório do réu preso será realizado obrigatoriamente antes do julgamento<sup>(55)</sup>, não havendo, contudo, momento estabelecido em lei para tanto.

Não há nada parecido com o dever de noticiar a prisão a familiar ou conhecido do preso<sup>(55-A)</sup>. E não há obrigatoriedade constitucional de separação do preso provisório do convívio com presos condenados, embora o art. 300 do CPP recomende essa separação e o art. 84 da Lei de Execução a determine.

10. DURAÇÃO. — A lei processual penal alemã prevê a duração máxima de seis meses para o mandado de prisão preventiva (§ 121 da StPO)<sup>(56)</sup>, até a prolação da sentença, mas é possível a prorrogação<sup>(56-A)</sup> desse prazo se houver especial dificuldade nas investigações ou se ocorrer outro motivo relevante<sup>(57)</sup>, não devendo, entretanto, esse prazo, sem motivos especialmente graves, durar tempo excessivo<sup>(58)</sup>. Devido à autorização legal para extensão do prazo de seis meses, ante a forma de contagem desse prazo relativamente a cada delito e diante da suspensão do curso do prazo no momento em que solicitada a dilação ao Tribunal, é possível que a prisão preventiva se prolongue por alguns anos.

A prorrogação do prazo de prisão preventiva é providência das mais graves no sistema processual penal alemão, de modo que a competência para essa prorrogação desloca-se para um Tribunal superior, na maioria dos casos o *Oberlandesgericht* (§ 121, 2, da StPO), ou seja, o Tribunal mais alto a nível estadual<sup>(59)</sup>.

No Brasil, o prazo de prisão preventiva segue a regra comum da duração das prisões provisórias, já exposta quando se tratou da prisão em flagrante<sup>(60)</sup>.



Especial relevância possui o prazo de oitenta e um dias para o encerramento da instrução da causa, ou seja, para a produção da prova de acusação. O sistema é, portanto, totalmente diverso do sistema alemão, assumindo relevância, para o sistema brasileiro, a fase do procedimento — que, aliás, também obedece à estrutura completamente diferente da do sistema alemão <sup>(61)</sup>.

11. REVOGAÇÃO E SUSPENSÃO. — Tanto no sistema alemão como no brasileiro ocorre a revogação (*Aufhebung*) da prisão preventiva se cessados os motivos pelos quais foi imposta (§ 120 da StPO e art. 316 do CPP).

O decurso do prazo de validade da prisão preventiva também é causa de revogação (seis meses, prorrogáveis por mais seis meses, prazo básico de validade do *Haftbefehl* no sistema alemão e oitenta e um dias, em regra, para encerramento da instrução, no brasileiro). <sup>(62)</sup>

A suspensão da prisão preventiva (*Aufsetzung*) é disciplinada pela lei processual alemã tendo em conta o motivo da prisão (§ 116 da StPO), mas, como regra geral, tem-se a necessidade de demonstração de que a prisão possa ser validamente substituída por medida que cumpra o mesmo efeito inibidor da conduta nociva do acusado. Cumprido esse objetivo, deverá ser aplicada medida substitutiva da prisão <sup>(63)</sup>.

Quatro são as medidas substitutivas da prisão preventiva, no sistema alemão (§ 116 da StPO): a) limitação de residência, com proibição de abandono do domicílio e de mudança de localidade; b) dever de apresentação periódica ao Juízo; c) prisão domiciliar com vigilância; d) fiança, prestada pessoalmente ou por terceiro, medida que, na prática, é preferencialmente aplicada <sup>(64)</sup>.

Na lei brasileira, a fiança, medida substitutiva da prisão provisória <sup>(65)</sup>, possui reduzida relevância prática como instrumento inibidor de conduta nociva do acusado, donde resultar a sua menor importância no sistema. A medida substitutiva mais importante, atualmente, é a liberdade provisória, sem a prestação de fiança<sup>(65-A)</sup>, “mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação” (art. 310, parágrafo único, do CPP).

12. RECURSOS — O sistema brasileiro, além do pedido de reconsideração da prisão preventiva dirigido ao próprio Juízo que a impôs, concede o instrumento do *habeas corpus* (art. 647 do CPP) como forma extremamente rápida de reexame dos fundamentos da prisão pelo Tribunal competente <sup>(66)</sup>.

O *habeas corpus* não é recurso, mas, sim, ação autônoma, instituída como garantia constitucional <sup>(67)</sup>. É instrumento melhor do que o recurso, pois interposto diretamente no Tribunal, com previsão de concessão de ordem liminar, se patente a ilegalidade da decisão restritiva de direito e, ainda, permite julgamento em curto espaço de tempo, o necessário para a prestação de informações pelo Juízo responsável pela prisão e para manifestação, obrigatória, do Ministério Público.

Ainda no sistema brasileiro, pode, também, ser interposto “recurso em sentido estrito”, no caso de a prisão provisória envolver negação, cessação ou inidoneidade de fiança (art. 581, V, do CPP) <sup>(68)</sup>.

No Direito alemão, os recursos contra a prisão preventiva são analisados como “prova” ou “teste” da prisão (*Haftprüfung*), após o exame da validade da decretação da prisão. Há três instrumentos processuais aptos a provocar a *Haftprüfung*: a) *Haftbeschwerde*, recurso sobre a prisão (§ 304 da StPO), que deve ser dirigido ao *Landgericht* contra decisão do *Amtsgericht* ou ao *Oberlandesgericht* contra decisão do *Landgericht* <sup>(69)</sup>; b) *Antrag auf Haftprüfung* (§ 117 da StPO), que é formulado para que o próprio Juízo que decidiu pela prisão verifique novamente seus pressupostos, sem efeito devolutivo <sup>(69)</sup>; c) *Haftprüfung von Amts wegen* (reexame *ex officio*, § 117, 5 da StPO), caso a prisão dure três meses sem pedido de nova verificação pelo acusado, exceto o caso de este possuir defensor <sup>(69-A)</sup>.

### III. CONCLUSÕES

13. MODALIDADES DE CONCLUSÕES — A comparação entre os sistemas alemão e brasileiro evidencia identidade de natureza, finalidade e abrangência; analogia de regulação constitucional, processual e administrativa e diversidade de efeitos.

14. IDENTIDADE DE NATUREZA — Em ambos os sistemas jurídicos, a prisão é de natureza processual, enquadrada no jogo de cautelas e contra-cautelas que visam a assegurar o julgamento e a execução.

Essa caracterização é mais clara à luz da doutrina da filiação brasileira, em larga escala oriunda de institutos comuns ao Direito Processual Civil e ao Direito Processual Penal, mas, embora assim não explicitada, pode ser vista



também na regulamentação alemã do instituto, notadamente na preocupação legal de que o acusado seja fortemente suspeito da prática de infração penal e de que o tolhimento de sua liberdade seja imprescindível a assegurar o desenvolvimento normal do processo e da execução da pena privativa de liberdade.

Expressiva, a respeito, a similitude dos comandos legais entre o sistema alemão e o brasileiro, conquanto diversa a linguagem <sup>(70)</sup>.

15. IDENTIDADE DE FINALIDADE — A finalidade dos institutos é idêntica, quer quanto à prisão em flagrante (*Festnahme auf frischer Tat*), quer quanto à prisão preventiva (*Untersuchungshaft*), ou seja, na primeira releva a instrumentalização rápida de providência urgente de restrição à liberdade e, na segunda, ressalta a necessidade de segurança do processo de aplicação da lei penal <sup>(71)</sup>, de garantia de efetivação da sanção imposta e de segurança social, no sentido de se impedir venha o acusado a cometer novos crimes no tempo em que durar o processo <sup>(72)</sup>.

16. IDENTIDADE DE ABRANGÊNCIA — A abrangência da prisão processual organizada pelos dois sistemas é a mais restrita possível, revelando o desagrado com que a legislação cede à necessidade de tolerar a prisão sem julgamento, em detrimento de um dos mais sagrados postulados do Direito Penal, que é o da imposição de aflição, mediante restrição à liberdade individual, somente após a formal declaração de cometimento do delito.

Os sucedâneos da prisão preventiva, a diretriz de imposição somente diante de casos incontornáveis e as preocupações com a não configuração de prisão definitiva <sup>(73)</sup> são exteriorizações da tendência sistemática pela menor abrangência.

17. ANALOGIA CONSTITUCIONAL — Os textos constitucionais alemão e brasileiro filiam-se à mesma diretriz político-jurídica de regência da prisão sem julgamento, restringindo-a, expressamente. Mas a norma alemã é auto-aplicável, ao passo que a brasileira é meramente programática, de modo que, em consequência, há, na prática brasileira, considerável evasão de proteção constitucional.

Embora idêntica, portanto, a opção legal, a diferente regulamentação constitucional leva, de fato, a diversas consequências, com a menor proteção efetiva no sistema brasileiro <sup>(73-A)</sup>.

18. ANALOGIA DE REGULAGEM PROCESSUAL — O mesmo que se vê no âmbito constitucional aparece no tocante aos dispositivos processuais.

Os parágrafos 112 e seguintes da StPO, minuciosos e claros, dirigem a garantia legal de modo seguro, ao passo que os arts. 298 e seg. do CPP brasileiro são genéricos e, portanto, de menor eficiência nas prescrições. E marcante, a propósito, a lacuna consistente na inexistência de dever de noticiar a prisão (*Benachrichtigungspflicht*), de apresentação do preso, no dia seguinte, ao Juiz, e de realização imediata do interrogatório judicial, pontos de extrema importância na amarração da segurança de aplicação prática do sistema alemão, inexistentes no sistema brasileiro <sup>(73-B)</sup>.

Pressupostos semelhantes, com disciplina operacional diversa, produzem consequências diferentes.

19. ANALOGIA ADMINISTRATIVA — Ambas as legislações tendem a estreimar a prisão preventiva, a prisão em flagrante e a prisão decorrente de condenação.

Mas o estatuto administrativo alemão, instrumentalizado pelo sistema prisional instalado, coarcta, com eficiência infinitamente superior, as distorções que possam levar à confusão, na execução concreta, entre ambas as formas de prisão.

20. DIVERSIDADE DE EFEITOS — A prática das prisões preventivas alemã e brasileira revela a maior eficiência do sistema alemão em produzir os seus desejados resultados práticos. Muito sugestivos são os números baixos de prisões processuais e a inexistência de prisões à margem da lei, como as chamadas “prisões para averiguações” que infelicitam o sistema brasileiro.

Apresenta-se, por isso, o sistema alemão, implantado pela Lei Fundamental, pelo Código de Processo Penal e pela Lei da Prisão Preventiva, modelo a ser considerado, como possível paradigma, na necessária reforma da legislação brasileira.



## NOTAS

- (1) CARRARA teve presente essa noção, ao escrever sobre a *"Immoralità del Carcere Preventivo"* *Opuscoli di Diritto Criminale*, IV) E LUCCHINI: *"In diritto naturale la previsione com 'e intesa dalle nostre leggi 'e una misura iniqua, arbitraria; poich'e in fatti essa si traduce in questo termini: ogni cittadino innocente o colpevole pu'ò essere arrestato, posto sotto custodia, e processato per l'unico motivo d'essere imputato di un crimine o di un delitto"* (Carcere preventivo, Venezia, 1873, p. 3). Os inconvenientes da prisão processual são evidentes e foram assim sintetizados por EBERHARD SCHMIDT: *"Die Verhängung der Untersuchungshaft stellt den tiefsten Eingriff in die persönliche Freiheit dar, bedeutet Isolierung des Beschuldigten von der Umwelt, Trennung von der Familie, Verhinderung der Berufsausübung und oft den Verlust des Arbeitsplatzes"* (Deutsches Strafprozessrecht, p. 116).
  - (2) *Nullus in carcere, priusquam convincatur, omnino vinciatur*" (L. 2, C., Just., IX, 3., "de exhib. et transm. reis.", lembrado por LUCCHINI, ob. cit., p. 20).
  - (3) Os pressupostos políticos das prisões cautelares foram sintetizados por CARRARA segundo as três necessidades em que estas poderiam fundar-se: "1.) *Bisogno di giustizia: per impedire la fuga del reo*; 2.) *Bisogno di verità: per impedirgli d'interdire le ricerche dell'autorità, distruggere le vestigia del delitto, intimidare il testimoni*; 3.) *Bisogno di publica difesa per impedire a certi facinori di continuare, pendente il processo, nei loro attachi al diritto altrui*" (Programma del Corso di Diritto Criminale, p. 897).
  - (4) GÜNTHER KAISER salienta que a prisão provisória encerra afastamento da regra de presunção de inocência (*"Diegesetzliche Regelung über die Vollzug der Untersuchungshaft und ihre Reform"*, em *"Zeitschrift zum 125. Jährigen Bestehen der juristischen Gesellschaft Berlin"*, 1984, p. 202).
  - (4-A) O presente trabalho foi escrito antes da instituição da prisão temporária no Brasil (Medida Provisória n.º 111, de 24.11.1989, transformada na Lei n.º 7.960, de 21.12.1989).
  - (5) CARNELUTTI explica a necessidade da presença do acusado, para a prova, em contraste com a tentação à fuga: *"L'imputato 'e quello, tra le persone che possono servire da prova, che da un lato ha la massima utilità per il processo e dall'altro 'e soggetto alla massima tentazione di sfuggire alla prova (...) parlo di tentazione perche il suo vero interesse, nom solo se 'e colpevole ma pure se 'e innocente, sarebbe quello di presentarsi e di rispondere: ma una esatta valutazione di ci'ò che veramente giova e di ci'ò cheveramente nuoce nom 'e facile di fronte a quel trauma, che caggiona, in ogni caso, il processo penale"* (Principi del Processo Penale, 1960, p. 117).
  - (5-A) A Constituição brasileira sob cuja vigência foi escrito este trabalho é a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. A essa Constituição se referem os artigos citados. A Constituição Federal brasileira de 1988 sanou, de certa forma, essa falha, pois os incisos LIV, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI do seu art. 5.º regulam de modo extremamente pormenorizado e eficaz, garantias semelhantes à da Lei Fundamental alemã. (Nota para a publicação).
  - (6) Quanto à prisão provisória, trata-se, em última análise, da conhecida questão de admissibilidade ou inadmissibilidade das medidas cautelares, ou seja, providências que se tomam antes do julgamento. Lembra, contudo, GOMES COLOMER, que *"su necesidad, ello no obstante, es indiscutida, puesto que a través de ellas se trata de asegurar tanto el enjuiciamiento del imputado, como que en su día, de producir-se, se pueda ejecutar y cumplir la condena"* (El Proceso Penal alemán, 1985, p. 100).
  - (6-A) A observação refere-se à Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, ao passo que a Constituição de 1988 é mais explícita quando à efetividade das garantias processuais penais, apresentando textos pormenorizados (cf. NOTA 5-B, *supra*) e, portanto, auto-aplicáveis. (Nota para a publicação).
  - (7) O Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-lei n.º 3.689, de 3.10.1941, foi promulgado sob a ditadura Getúlio Vargas.
  - (8) É importantíssimo o percentual das prisões provisórias para a avaliação do grau de efetivação da Justiça, concretizado pela atuação judiciária. LUCCHINI, em fins do século passado, após examinar as estatísticas italianas, concluiu, amargamente: *"calcolando a 35 anni la media della vita, s'avrebbe che un quinto per lo meno d'ogni generazione toccherebbe le soglie del carcere"* (ob. cit., p. 12).
  - (9) República Federal Alemã: população carcerária em 30.11.1985 no total de 56.460 presos, sendo: 1) prisão preventiva (*Untersuchungshaft*): 12.453 igual 22%; 2) prisões como pena privativa de liberdade (*Freiheitsstrafe*): 36.984 igual 66%; 3) Prisões juvenis (*Jugendvollzug*): 5.507 igual 10%; 4) Delinquentes habituais sob medida de segurança: 218 igual 0,4%; 5) Privação da liberdade em continuação: 1.298 igual 2% (ULRICH O. SIEVERING, *Behandlungsvollzug — evolutionäre, Zwischenstrafe oder historische Sanktionen*, 1987, p. 162).
  - Ainda na República Federal Alemã, em 1.2.1987, a situação era a seguinte: Total de presos: 51.462, sendo, em prisão preventiva (*Untersuchungshaft*), 22,3% (*"Conseil d'Europe"*, bulletin d'Information Pénitentiaire n.º 9, juin 1987, p. 24).
  - (9-A) Nos números atinentes à prisão preventiva (*Untersuchungshaft*) na República Federal Alemã não se incluem casos, que, no sistema brasileiro, seriam de prisão em flagrante, pois esse tipo de providência (*Festnahme auf frischen Tat*) não se considera, propriamente, prisão, mas simples ação de imediato tolhimento individual, por não mais que um dia, até a apresentação ao Juiz, que pode, então, decretar a prisão preventiva (*Untersuchungshaft*).
  - (10) Os números estatísticos nem sempre são seguros a respeito, nem mesmo no extremamente cuidadoso trabalho estatístico alemão, como o demonstrou HANS-ULRICH PAEFFGEN, analisando os números alemães (*Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaftrechts*, 1986, p. 5).
  - (11) Brasil: O percentual, entre 33 e 35% à ausência de dados precisos, pode ser extraído, com segurança, do confronto de três fontes parciais que se harmonizam.
- 1.ª fonte: Em publicação das Nações Unidas, o ILANUD, com base em dados das Secretarias da Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, informou os seguintes números: 1) São



- Paulo: no 1.º semestre de 1982, percentual de 13,33% de presos provisórios para o total de 22.500 presos, sendo 19.500 já condenados e 3.000 em prisão provisória (flagrante ou preventiva); 2) Rio de Janeiro: em dezembro de 1980, percentual de 31,43% em prisão provisória, para o total de 8.853 presos, sendo 6.070 já julgados e condenados e 2.783 em prisão provisória (flagrante ou preventiva) (cf. ELIAS CARRANZA, MÁRIO HOUEDE, LUIS PAULINO MORA e EUGENIO RAUL ZAFFARONI, *El Preso sin Condena en America Latina y el Caribe*, ILANUD, S. José, Costa Rica, 1983, p. 23).
- 2.<sup>a</sup> fonte: ELIZABETH SUSSEKIND, do Conselho Nacional de Política Penitenciária, após pesquisa direta entre os presos do Estado do Rio de Janeiro, concluiu que "65,7% (197 casos da população carcerária entrevistada) está cumprindo pena (quadro 85). A cifra dos que aguardam julgamento é muito significativa, ou seja, 34,3%, representando 103 casos. Dentre os acusados há 21 que já foram anteriormente condenados por outro(s) delito(s), pelos quais podem estar na prisão cumprindo pena" (*A Justiça dos Homens*, Dep. Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Rio de Janeiro, com o apoio do Conselho Nacional de Pesquisas, dezembro de 1984, p. 135).
- 3.<sup>a</sup> fonte: *Anuário da Secretaria da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, 1979/1980, apresenta a mesma conclusão da pesquisa SUSSEKIND (cf. ob. cit., p. 136).
- (12) ELIAS CARRANZA e outros anotam que, limitada a análise às informações das Secretarias da Justiça de São Paulo e Rio de Janeiro, o Brasil "escaparia à nota geral de um alto número de presos sem condenação, o que seria coincidente com o fato de que este País tem tomado ultimamente medidas especialmente dirigidas a diminuir o número de pessoas privadas de sua liberdade", mas "alguns criminólogos brasileiros opinam que o número de presos sem condenação é mais elevado e que estas cifras não corresponderiam exatamente à realidade, pois deixariam fora um número elevado, flutuante e desconhecido de pessoas detidas em delegacias policiais, não registradas estatisticamente no Sistema Penitenciário" (ob. cit., p. 23, nota).
- (13) Pode-se estimar o número dessas prisões? Profissionais experientes falam em 10% do número de presos dos Distritos Policiais nas grandes e médias cidades. Sabendo-se que, na cidade de São Paulo, os Distritos Policiais contêm cerca de 60 presos cada um e sendo 51 o número de Distritos Policiais, pode-se calcular em cerca de 306 os presos para averiguações na cidade de São Paulo e aproximadamente a mesma quantidade no Interior do Estado de São Paulo. Superestimando-se esses números, chegar-se-ia ao número de 1.000 presos provisórios "para averiguações" no Estado de São Paulo, número que não seria intensamente significativo, se considerada a população carcerária geral, estimada em cerca de 25.000 presos. Mas a consequência dessas prisões é especialmente danosa, se se considerar a quantidade de pessoas que passam, em alta rotatividade, por sistema de prisão absolutamente inadequado e descontrolado, sem contacto com o Poder Judiciário e inteiramente à disposição de agentes policiais de menor categorização funcional, autores das prisões ilegais (Escrivães, Investigadores, Carcereiros e, mesmo, Motoristas Policiais e informantes em geral).
- (13-A) Relembre-se que, à época da elaboração do escrito, não existia a prisão temporária, instituída pela Medida Provisória n.º 111, de 24.11.1989, transformada na Lei n.º 7.960, de 21.12.1989. (Nota para a publicação).
- (14) Vide Quadro Comparativo ao final, Anexo I.
- (15) A prisão em flagrante acomoda-se, na natureza jurídica, como medida cautelar, isto é, prisão processual. É vasta a literatura brasileira a respeito, destacando-se, entre outros: FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, p. 62; TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, 1977, 3. vol., p. 295; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, "Prisão", em *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 61; WEBER MARTINS BATISTA, *Liberdade Provisória*, p. 39; ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Processo Penal Cautelar*, pp. 16 e 60; ESPINOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. II, p. 321; AFRANIO SILVA JARDIM, "Visão Sistemática da Prisão Provisória no Código de Processo Penal", *Revista de Processo* 41/166.
- (16) Fala-se, com propriedade, em flagrante compulsório ou facultativo, pois os agentes da autoridade são obrigados a prender quem se encontre em flagrante delito, ao passo que o cidadão comum terá apenas a faculdade, não a obrigação, de o fazer (ESPINOLA FILHO, ob. cit., p. 328; THALES CASTELLO BRANCO, *Da prisão em flagrante*, p. 71, entre outros).
- (17) No Direito alemão, a *Festnahme auf frischer Tat* é um tipo de *vorläufige Festnahme*, vale dizer, encerra a mesma natureza de prisão processual cautelar, já salientada diante da legislação brasileira (cf. Nota 14, *supra*, remissão ao quadro comparativo, Anexo I).
- (18) ALBIN ESER anota: "Zum ändern die Festnahme als Vorstufe von U-Haft nach par 127 II StPO. Dazu sind nur Staatsanwaltschaft und Polizei befugt, und selbst diese nur bei Gefahr im Verzug (vgl. StE 2, 12.3) sowie bei Vorliegen der Voraussetzungen eines richterlichen Haftbefehls. Demgemäss müssen für eine solche Festnahme dieselben Voraussetzungen vorliegen wie für die nachfolgend behandelte richterliche Anordnung von U-Haft" (*Einführung in das Strafprozess-rechts*", p. 160).
- "Die Zwangsmassnahmen können behördliche oder privater Art sein. Privater Art ist die vorläufige Festnahme nach par 127 I. Bei den behördlichen Massnahmen ist zwischen der Anordnung und dem Vollzug zu unterscheiden. Vollziehungsbeante sind insbesondere die Polizeibeamten und die Justizwachmeister. Anordnende Behörde können das Gericht, die Staatsanwaltschaft, die Polizei, jeder die Untersuchung leitende Beamte und bestimmte Verwaltungsbehörden sein" (KARL PETERS, *Strafprozess*, 1966, p. 46).
- (19) CLAUS ROXIN, com apoio em BOCHERT, salienta que não há prisão provisória sem mandado judicial, pelo particular, após o transcurso de certo tempo do fato: "Sind die Voraussetzungen des par 127 nicht erfüllt (z.b. ein Privatmann erkennt der Steckbrieflich gesuchten eine Woche nach der Tat auf der Strasse), ist eine vorläufige Festnahme auch nicht unter Berufung auf par 34 StGB zulässig; sonst würde die Beschränkung des par 127 I auf die frische Tat unterlaufen" (*Strafverfahrensrecht*, 18. Auflage, p. 184).
- (20) A ilegalidade da "prisão para averiguações" é ponto muito importante na deterioração da atividade policial brasileira, pois, por ilegal, não é, naturalmente, evidenciada pela Polícia, de modo que três consequências danosas da maior relevância são inevitáveis: 1.<sup>a</sup>) para o policial, não há, muitas vezes, alternativa para a proteção da investigação válida a não ser o ato ilegal, o



que leva ao paradoxo de os agentes do combate à criminalidade viciarem-se ao trabalho na forma ilegal; 2.<sup>a</sup>) para os órgãos de controle da atividade policial, principalmente a Corregedoria da Polícia e a Corregedoria Judicial da Polícia Judiciária, torna-se impossível a apuração e a punição da ilegalidade fugaz e, naturalmente, esconsa, quando não seja tolerada, à falta de melhor alternativa legal; 3.<sup>a</sup>) para o preso “para averiguações” é terrível a situação de permanência à completa mercê de quem, com a prisão, já está comprometido com a ilegalidade e fatalmente agirá de modo a encobri-la, de modo que, a rigor, para o preso seria preferível a pura e simples instituição de alguma forma de prisão legal, ainda que realizada diretamente por agentes policiais, com as garantias possíveis, como a apresentação imediata ao Juiz Corregedor, interrogatório, aviso a familiares, submissão segura a exames de constatação de condições físicas e mentais etc., do que a persistência do sistema da ilegal “prisão para averiguações”.

(21) Cf. notas 13 e 20, *supra*.

(21-A) “Rechtstaatlich und psychologisch gleichermassen wichtig ist, dass ein verhafteter so schnell wie möglich Gelegenheit erhält, von einem Richter vernommen zu werden” (EBERHARD SCHMIDT, *Deutsches Strafprozessrecht*, p. 121).

(22) “Ist die Festhaltung schon vor dem Ablauf der am Tage nach der Festnahme um 24 Uhr endenden Frist eine rechtswidrige Freiheitsberaubung” (EBERHARD SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 1967, Nachantrag 1, p. 200).

(23) EBERHARDT SCHMIDT: “Hat eine Privatperson jemanden vorläufig festgenommen, so wird sie kaum in der Lage sein, den Festgenommenen unmittelbar von der Richter zu bringen, namentlich wenn die Festnahme in sparter Abendstunde oder zur Nachtzeit erfolgt. RGSt BD 29 S. 1036 (137) vertritt hierzu unter Berufung auf die Gesetzmateriale den unbedingt richtigen Standpunkt, dass der durch eine Privatperson Festgenommene zunächst der Polizeibehörde vorgeführt werden könne. Ebenso wird auch ein im Aussendienst tätiger Polizeibeamte den von ihm Festgenommenen zunächst zur Wach bringen (vgl. Erl. 19 zu 127). Die Polizeibehörde hat dann die Verantwortung für alles weitere, insbesondere für fristgerechtes Vorführen vor der Richter” (ob. cit., p. 201).

(24) Em regra, pois, postas à parte as discussões a respeito da possibilidade de lavratura de auto de prisão em flagrante por outras autoridades públicas, ao menos o Juiz possui também o poder dessa lavratura.

(25) O prazo de oitenta e um dias para encerramento da prova de acusação não consta de nenhum texto legal no Brasil, mas resulta da soma de todos os prazos existentes no Código de Processo Penal, como exposto por DANTE BUSANA (cf. *Jurisprudência Justitia*, Revista da Associação Paulista do Ministério Público, 1975, 1/231).

O Supremo Tribunal Federal, contudo, não admitiu que os prazos processuais da prisão provisória devam ser contados em conjunto, “de modo que o excesso de uns possa ser compensado pela economia de outros” (cf. *Habeas Corpus* n.º 48.900, DJU de 24.9.1971, p. 5.133), mas, na prática, tem prevalecido a contagem do conjunto dos prazos, o que é, aliás, pacífico nos Tribunais de Justiça e de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

(26) Ainda o prazo de oitenta e um dias: esse prazo é contado para o encerramento da prova de acusação, que sucede ao interrogatório do acusado e antecede a outros atos necessários à prolação da sentença, como a produção da prova de defesa, prazo para requerimentos de diligências e oferecimento de razões finais pela Promotoria e pela Defesa. Pode ocorrer, pois, a duração de tempo bem superior, até o julgamento do caso, registrando-se, na prática, casos de aguardo do julgamento por mais de seis meses, e, embora raros, de mais de um ano, no cômputo total.

(27) O atraso mais comum é o determinado pela necessidade de exame aprofundado a respeito da sanidade mental do acusado, ou da necessidade de outros exames periciais de produção demorada, bem como de ouvida de testemunhas, por precatória, em cujo depoimento a defesa insista.

(28) No Direito alemão a vítima é tratada como testemunha. Por isso, tem obrigação de dizer a verdade e é responsável pelo teor das informações.

(29) A análise mais completa do instituto da prisão preventiva alemã está no volume *Untersuchungshaft*, que contém os estudos do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, de Freiburg, sob a direção de JESCHECK-KRÜMPPELMANN (*Untersuchungshaft*, 1971, p. 353 e segs.). É a obra básica sobre o assunto.

(30) Vejam-se ESPINOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. II, p. 236; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, p. 44; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “Prisão”, verbete na *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 61; PAULO LÚCIO NOGUEIRA, *Curso Completo de Direito Processual Penal*, p. 153; AFRÂNIO SILVA JARDIM, ob. cit., p. 114; TOURINHO FILHO, ob. cit., p. 286.

(31) GOMES COLOMER apontou, argutamente, a diferença de enfoque: “Tengase en cuenta que en el estudio de los presupuestos, a diferencia de las categorías empleadas por sectores de la doctrina española, que emplean conceptos del Derecho Procesal Civil, la doctrina alemana no se refiere ni al *fumus boni iuris* ni al *periculum in mora*” (ob. cit., p. 106, nota 30).

(32) FREDERICO MARQUES, ob. cit., p. 52.

(33) Lembre-se que a prisão preventiva é sempre exceção: “Die gemeinsam Grundzug der in diesen Bande dargestellten 15 Haftrechte ist die Vorstellung, dass die Untersuchungshaft eine Ausnahme ist, von der Notfall Gebrauch gemacht werden darf” (JESCHECK-KRÜMPPELMANN, ob. cit., p. 937).

(34) “Das bedeutet, das der Verdachtige macht dem Verfahrens stand mit grosser Wahrscheinlichkeit als schuldig ausgesprochen ist” (KARL PETERS, *Strafprozess*, p. 355).

(35) CLAUD ROXIN salienta que “o perigo de fuga não pode ser apreciado esquematicamente segundo critérios abstratos, mas sim de acordo com o sentido das palavras da lei somente com base nas circunstâncias do caso concreto (ob. cit., p. 170).

(36) EBERHARD SCHMIDT, após anotar o insucesso do esforço realizado para a exata caracterização desse motivo de prisão, salienta que ele se fundamenta “aus dem Gedanken heraus, dass der Beschuldigte, mag auch Selbstbegünstigung Strafflos sein, jedenfalls seine Freiheit zu einer Behinderung der Sachverhaltsaufklärung durch unlautere Machenschaften nicht missbrauchen



dürfe (*Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, I, p. 127, e. 1967).

- (37) A StPO remete, nesse ponto, ao StGB, de modo que somente alguns crimes são abrangidos como "ações graves", ou seja: homicídio qualificado (*Mord*), homicídio simples (*Totschlag*), extermínio de povo (*Völkermord*) e participação em atividades terroristas (*terroristischen Vereinigung*) (cf. PETERS, ob. cit., p. 358; ROXIN, ob. cit., p. 171).

Note-se que, mesmo com relação ao cometimento de crimes graves (*schwerer der Tat*), há necessidade de demonstração de motivos especiais, no caso concreto, para a prisão preventiva: "Dans les cas des crimes tr'es graves qui sont énumérés dans l'alinéa 3 de l'Art. 112 CPP, la loi paraît dispenser de la condition d'un motif. Il est pourtant entendu d'on ne devrait pas interpréter la loi dans le sens d'une théorie du motif absolu de la détention préventive, mais qu'il faut avoir aussi dans ces cas des circonstances qui justifient le risque que l'absence d'arrestation de l'inculpé ne nuise à l'enquête et à la repression rapide de l'infraction (PETER HÜNERFELD, "La Phase Préparatoire du Proc'ès Pénal en République Fédérale D'Allemagne", in *Révue Internationale de Droit Pénal*, vol. 56, p. 134). Nesse sentido é a firme orientação do Bundesverfassungsgericht alemão, o Tribunal Constitucional alemão, destacando-se o julgado de 15.12.1965 (t. 19, p. 343, 350, 351).

- (38) A reincidência é previsível, notadamente quanto a certos crimes como os delitos sexuais, exibicionismo, homossexualismo (ROXIN, ob. cit., p. 172), de modo que, inicialmente, a Haftgrund do § 112, a, da StPO foi a eles dirigida. PETER HÜNERFELD, contudo, explica a extensão a outros delitos: "Le motif était d'abord restreint à certaines infractions graves contre les mœurs. On l'a pourtant encore considérablement étendu puisqu'il s'applique aussi en cas d'indices graves de commission répétée ou continue de délits graves de coups et blessures, de vol qualifié, de vols d'habitude, de vol à main armée, d'extorsion, de recel professionnel, d'escroquerie, d'incendie, d'attaque à main armée contre les conducteurs de voiture et de certains délits concernant la toxicomanie, à condition qu'il s'agisse d'une infraction apportant un trouble très grave à l'ordre public" (ob. cit., p. 34).

- (39) Ver quadro comparativo ao final deste trabalho (Anexo II).

- (39-A) A exigência de motivação na decretação da prisão preventiva reafirmou-se a nível constitucional pelo art. 92, IX, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que "todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". (Nota para a publicação).

- (40) As causas justificativas são clássicas: legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento de dever legal. Constavam do art. 19 do Código Penal Brasileiro, na redação de 1940, e estão no art. 23 desse Código, com a redação da Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984 (excludentes de ilicitude).

- (41) Ver quadro comparativo ao final (Anexo II).

- (42) Inclusive prova de corpo de delito, no caso de a infração penal deixar vestígios (art. 158 do CPP).

- (43) A competência do Juízo determina-se de modo bem diverso nas legislações alemã e brasileira. No Brasil é competente para a prisão preventiva o Juízo competente para o processo e nenhum outro. Na Alemanha é preciso considerar a diversificação da competência funcional, de acordo com as fases do procedimento, como explica ROXIN: "Haftrichter ist der in dem jeweiligen Verfahrensabschnitt funktionell zuständige Richter; also im Ermittlungsverfahren der Richter beim Amtsgericht, im Zwischenverfahren das beschliessende Gericht, in der Hauptverhandlung das erkennende Gericht (im einzelnen s. § 125). Wenn Revision eingelegt ist, entscheidet nicht das Revisionsgericht, sondern das Gericht dessen Urteil angefochten ist (§ 126, II, 2). Nach Rechtskraft des Urteils sind die erkennenden Gericht noch bis zur Anordnung der Strafvorstreckung für die Entscheidung "über den Haft befehl zuständig, von da an die StA (§§ 457, 451)" (ob. cit., p. 174).

- (44) ROXIN adianta: "Für die Falle vor, in denen, weil nur eine Geldstrafe zur erwarten ist, die U-Haft nicht in Frage kommt (§ 112, I, 2)" (ob. cit., p. 169).

GÜNTHER KAISER anota: "Wichtiges Prinzip des materiellen Haftrechts ist der Gedanke, dass Untersuchungshaft nur dann angeordnet und aufrechterhalten werden darf, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht verletzt wird" (*Strafvollzugsgesetz*, 8 Auflage, p. 23).

- (45) GOMES COLOMER explicita: "Un ejemplo legal del principio se encuentra en el § 127.a StPO, en base al cual bajo determinados presupuestos, la detención provisional puede evitarse si se supone que no se va a imponer una pena privativa de libertad, bien parcialmente, prestandose fianza para asegurar la pena pecuniaria a las despesas y las costas" (ob. cit., p. 105).

- (46) Mas GÜNTHER KAISER reproduz observação de WIEGAND de que "nirgendwo so viele Menschen Bagateledelikten in Untersuchungshaft genommen wie in Berlin" ("Die Gesetzliche Regelung über den Vollzug der Untersuchungshaft und ihre Reform", in *Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der juristischen Gesellschaft zu Berlin*, p. 299).

- (47) A evolução legislativa brasileira é a seguinte: a redação do CPP, em 1941 (art. 313), continha a chamada prisão preventiva obrigatória ou compulsória, para os casos em que houvesse prova de crime ou *corpus delicti* e indícios suficientes de autoria, nos crimes punidos com pena de reclusão por tempo igual ou superior a dez anos; a Lei n.º 5.349, de 3.11.1967, retirou o caráter obrigatório da prisão preventiva, relativamente a esses crimes e a Lei n.º 6.416, de 24.5.1977, implantou a prisão apenas facultativa, regida tão-somente pela necessidade, ante o caso concreto (cf. AFRÂNIO SILVA JARDIM, ob. cit., p. 15).

A prisão preventiva obrigatória subsiste em algumas legislações, como a polonesa (arts. 217, § 3.º, e 218, StPO 1969, cf. JAN GRAJEWSKI, *Recht und Wirklichkeit der Untersuchungshaft in Polen*, p. 8).

- (48) Art. 253 do Cód. Proc. Penal da época (cf. BASILEU GARCIA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, p. 156; MANZINI, *Trattato...*

- (49) Em todos os casos exige-se a primariedade.

- (50) Art. 310 do CPP: "Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições do art. 19, inc. I, II e III do CP, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único — Igual procedimento



- será adotado quando o Juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva" (cf. PAULO LÚCIO NOGUEIRA, *Curso Completo de Processo Penal*, p. 145).
- (50-A) Cf. CLAUD ROXIN, *Política Criminal*, p. 53.
- (51) A Lei Fundamental da República Federal alemã atende às disposições da ONU e à Convenção Européia para os Direitos Humanos: "If an accused person summoned to appear to answer a charge fails to do so without sufficient cause, he may be arrested and immediately brought before the competent authority" (United Nations Organization, *Draft Principles from Arbitrary Arrest and Detention*, art. 2).
- (51-A) "Os *Amtsgerichte* (Juízos Ordinários de 1.º Grau) localizam-se em todas as sedes de Comarca (*Bezirke*) da Alemanha, em número que se aproxima dos 550, e são competentes para o julgamento, em 1.º grau, de causas cíveis (...) e de causas penais, os delitos mais levemente apenados e nos processos relativos a menores" (FRANCISCO DE PAULA XAVIER NETO, "Notas Sobre a Justiça na Alemanha", *AJURIS*, 18, p. 20). Sobre a competência penal dos *Amtsgerichte*, em pormenores, ver ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY, *Notas Sobre a Justiça e o Ministério Público no Direito da Alemanha Ocidental* (Revista Ministério Público Rio Grande do Sul, nova fase, v. 1, n.º 21, p. 16). Ver também nota 59, abaixo.
- (52) O interrogatório, na Alemanha, sempre se inicia com inquirição pormenorizadíssima a respeito da pessoa do acusado (*zur Person*), podendo o Promotor e o Defensor reperguntar — o que se faz por perguntas diretas desses profissionais ao acusado. Só depois das perguntas sobre a pessoa é que o Juiz pergunta sobre o fato, seguindo-se, também, reperguntas. O registro dos atos orais, no criminal, reduz-se ao mínimo necessário, na sessão de julgamento (*Hauptverhandlung*), geralmente anotações breves e resumidas, escritas por um funcionário, sem ditado de ninguém, enquanto as perguntas e respostas se desenvolvem. As anotações, muitas vezes manuscritas, como notas de estudantes em aulas, são, posteriormente, autenticadas somente pelo próprio funcionário e pelo Juiz. Alguns Juízos fazem datilografar, depois, as anotações; outros vão gravando, durante as sessões, por ditado próprio, em gravadores portáteis, o teor de informações, gravações essas, contudo, não obrigatórias e sem especial importância como documentação.
- (53) É obrigatória a permanência do preso provisório em estabelecimento diverso do reservado aos condenados, segundo texto expresso da Lei da Prisão Preventiva ("Untersuchungshaftvollzugsordnung" — "UVollzO", n.ºs 11 e 23): "Dem Vollzug der Untersuchungshaft dienen selbständige Untersuchungshaftanstalten". Ver GÜNTHER KAISER, "Die gesetzliche Regelung...", *Festschrift* cit., p. 302). Pode ocorrer, como o autor deste trabalho viu na Penitenciária de Freiburg, que os edifícios destinados à prisão preventiva e ao cumprimento da pena se situem no mesmo terreno, mas são obrigatoriamente construções diversas, sem comunicação.
- (54) GÜNTHER KAISER sintetiza: "A posição jurídica do preso em prisão preventiva diferencia-se, pela lei e pelas normas administrativas, da situação dos presos condenados, com relação ao seguinte: a) o preso em prisão preventiva não cumpre pena (presunção de inocência!) e por isso não pode ser colocado no mesmo local com presos condenados; b) tem direito a cela individual; c) não é obrigado ao trabalho; d) tem direito de usar as próprias vestes e roupas de cama; e) pode providenciar a vinda, de um restaurante, de alimentação para a prisão ("Die gesetzliche Regelung...", *Festschrift* cit., p. 299 e seg.).
- (55) O art. 185 do CPP estabelece a sequência do interrogatório como o primeiro ato oral do processo em Juízo.
- (55-A) A Constituição Federal de 1988, em norma de caráter evidentemente auto-aplicável, estabeleceu a obrigatoriedade da notícia da prisão, exatamente nos moldes do *Benachrichtigungspflicht* alemão. Assim dispõe o art. 5.º, LXII, da Constituição Federal: "A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao Juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada".
- (56) Conta-se o prazo em cada mandado, não a partir do dia em que expedido, mas, sim, a partir do dia em que devia ter sido expedido (CLAUD ROXIN, *ob. cit.*, p. 191).
- (56-A) Pesquisas apresentadas por GERHARD SCHMIDT referentes aos Estados de Bayern e Nordrhein-Westfalen mostram a seguinte duração da prisão preventiva: \*\*\* I) BAYERN: — Entre 6 e 12 meses: 1964: 550 (7,3%); 1965: 487 (8,2%); 1966: 470 (8,4%); 1967: 592 (8,2%); 1968: 606 (9,0%); e 1969: 613 (9,0%). Mais de 12 meses: 1964: 84 (1,1%); 1965: 109 (1,8%); 1966: 115 (2,0%); 1967: 101 (1,6%); 1968: 117 (1,7%); e 1969: 145 (2,1%); \*\*\* II) NORDHEIN-WESTFALEN: — Entre 6 e 12 meses: 1964: 1.095 (9,0%); 1965: 1.029 (10,6%); 1967: 896 (9,5%); 1968: 940 (9,8%); e 1969: 811 (9,5%) — Mais de 12 meses: 1964: 219 (1,8%); 1965: 297 (3,0%); 1966: 286 (2,9%); 1967: 267 (2,8%); 1968: 294 (3,1%); e 1969: 261 (3,0%). Analisados os números acima e outros, conclui GERHARD SCHMIDT que a duração da prisão preventiva por mais de seis meses depende em muito da orientação prática dos *Oberlandesgerichte*: "Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Haftdauer über sechs Monate stark von der Praxis der Oberlandesgerichte abhängt". E conclui, igualmente, que a duração da prisão preventiva não tem encurtado: *Kürzer ist aber die Verhaftungsdauer nicht geworden. Man kommt schwerlich um das Urteil herum, dass das neu eingeführte oberlandesgerichtliche Haftprüfungsverfahren jedenfalls keine Breitenwirkung auf die Verkürzung der Haftdauer gehabt hat*" ("Bundesrepublik Deutschland Landesbericht", em JESCHEK-KRÜMPPELMANN, *Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht*, p. 629-630).
- (57) Interessantíssimo estudo sobre a duração da prisão preventiva, enfatizando o aspecto criminológico, pode ser encontrado em *Dauer der Untersuchungshaft*, de THOMAS PETER CARSTENSEN. Também, com conteúdo ativista: *Selbs-Mord in U-Haft*, de KARIN und ERWIN SCHLIEP.
- (58) EBERHARD SCHMIDT, *Die Oberlandesgerichte Kontrolle der Dauer der Untersuchungshaft*, 1988, 2.209.
- (59) A organização da Justiça comum alemã, no cível e no criminal, dá-se da seguinte forma: 1.- O *Amtsgericht* é o Juízo de Primeira Instância, reservado a causas compatíveis com rápido deslinde; 2.- O *Landgericht*, existente em cidades de porte médio e grande, sedes de regiões dos Estados, é competente, em Primeira Instância, para causas situadas fora da competência do





*Amtsgericht* e funciona, ainda, como Segunda Instância para recursos de decisões do *Amtsgericht*; 3.- O *Oberlandesgericht* é o Tribunal Superior, existente em cada Estado e, além de causas de competência originária, atua como tribunal recursal de decisões de *Landgericht*, devendo-se anotar que o *Oberlandesgericht* não se situa, necessariamente, na Capital do Estado e, ainda, possui unidades judicantes situadas em cidades de grande porte (*Senat*).

A nível federal (*Bundes*), dois Tribunais podem vir a atuar em casos da Justiça Comum, que, aqui, interessa, por abranger a jurisdição criminal: 1.- O *Bundesgerichtshof*, que uniformiza a aplicação da lei federal para todo o país; 2.- O *Bundesverfassungsgericht*, que somente julga questões constitucionais. Ambos os Tribunais situam-se em Karlsruhe.

Os Tribunais observam composição mista: Magistrados profissionais e cidadãos; em alguns casos, também Professores de Direito atuam, como Juizes, recebendo distribuição de menor quantidade de processos.

(60) Vide n.º 5 do sumário do texto principal.

(61) O procedimento penal alemão (*Gang des Verfahrens*) divide-se em três fases: 1.- *Vorverfahren*, procedimento preparatório (*Ermittlungsverfahren*), sob a responsabilidade do Promotor, que o realiza diretamente por si ou mediante providências da Polícia ou do *Amtsgericht* (ver Nota 59, *supra*), no caso de alguma investigação prévia especial (*Voruntersuchung*), encerrando-se o *Vorverfahren* com o oferecimento da acusação (*Anklage*, denúncia); 2.- *Zwischenverfahren*, procedimento intermediário, de responsabilidade do Juízo competente (geralmente o *Amtsgericht* ou o *Landgericht*, ver Nota 59, *supra*), decidindo sem a participação dos Juizes leigos (*Laienrichter*, *Laienmittwirkung*), indo o *Zwischenverfahren* desde o oferecimento da acusação (*Erhebung des Anklages*) até a abertura do procedimento principal mediante o seu recebimento (*Eroffnungsbeschluss*), pelo mesmo Juízo; 3.- *Hauptverfahren*, o procedimento principal, iniciado pelo recebimento da acusação (*Eroffnungsbeschluss*) e realizado pela preparação da Sessão de Julgamento (*Hauptverhandlung*) e a sua efetivação perante o Juízo (*Amtsgericht* ou *Landgericht*) composto de Juizes profissionais e leigos (vide CLAUS ROXIN, ob. cit., p. 20/22).

O procedimento básico no Brasil, em Juízo, divide-se em pelo menos três fases, demarcadas pela realização de audiências: 1.- Interrogatório, logo após o recebimento da denúncia; 2.- Sumário de acusação, em que se tomam os depoimentos de testemunhas arroladas pela denúncia; 3.- Ouvida de testemunhas de defesa. Segue-se a abertura de prazo para requerimento de diligências (art. 499 do CPP) e, depois, para o oferecimento de razões finais (art. 500 do CPP), para, depois, ser proferida a sentença escrita pelo Juiz monocrático (*Einzelrichter*).

(62) Ver n.º 10 do sumário do texto principal.

(63) Resolução das Nações Unidas: "The arrest of a person suspected or accused of an offense shall be regarded as an exceptional measure. Whenever possible the use of summons or other measures not involving deprivation of liberty shall be resorted to" (*Draft Principles of Freedom from Arbitrary Arrest and Detention*, art. 21).

(64) "Der praktisch wichtigste Fall der Aussetzung der Untersuchungshaftvollzuges ist die Freilassung gegen Sicherheitsleistung. Durch die Sicherheitsleistung (Kaution) kann aber nur der Vollzug der Haftbefehls ausgesetzt werden, nicht der Erlass oder die Aufrechterhaltung des Haftbefehls. Zur Art und Weise, zum Frei werden und zum Verfall der Sicherheitsleistung vgl. § 116 a, 123, 124" (CLAUS ROXIN, ob. cit., p. 179).

(65) A fiança é medida cautelar para a preservação do *status libertatis* do acusado, no caso de necessidade de uma medida cautelar contra a atividade nociva deste. Com a fiança ocorre um arremedo de analogia com a subrogação real: é como se ficasse "presa" uma quantidade de dinheiro em lugar da própria pessoa do acusado, o qual, para evitar a perda desse dinheiro pela quebra da fiança, deixa de fugir ou de atentar contra o processo. A fiança, fixada em importâncias significativas, é expressiva na Alemanha, ao passo que, no Brasil, o fenômeno inflacionário, a má regulamentação legal e a notória parcimônia do meio jurídico brasileiro na fixação de somas elevadas, correspondentes ao patrimônio do acusado e à relevância do caso, tornaram o utilíssimo instituto da fiança instrumento de menor relevância judiciária.

(65-A) A nova Lei da Fiança (Lei n.º 7.780, de 22.6.1989, que modificou os arts. 325 e 581, do CPP) não alterou substancialmente o quadro de menor importância prática da fiança no Brasil — ressaltando-se a falta de imaginação legislativa que levou a Lei a perseverar na fixação de valores com base em índice geral, de complicado manuseio e contingente existência em país de persistente situação inflacionária (o "salário mínimo de referência"). Não se olvide, ademais, a intrínseca redução da relevância da fiança ante a presumida impossibilidade de pagamento pela grande quantidade de pessoas de poucas posses, que constitui a massa de agentes de crimes patrimoniais. (Nota para a publicação).

(66) O Tribunal competente varia de acordo com o organismo judiciário. Na Justiça dos Estados, em regra é o Tribunal de Justiça do Estado, salvo o caso de existência de Tribunal de Alçada no Estado, hipótese em que a competência se distribui entre ambos os Tribunais, sem possibilidade de recursos de um para outro. Na Justiça Federal, competente para julgamento de decisões de Primeira Instância é o Tribunal Regional Federal local. Decisões dos Tribunais de Justiça, Tribunais de Alçada e Tribunais Regionais Federais podem ser submetidas a reexame pelo Superior Tribunal de Justiça (semelhante ao *Bundesgerichtshof*), se alegada infringência de lei federal, e, como as decisões deste último, podem, ainda, ser objeto de recurso para o Supremo Tribunal Federal (equivalente ao *Bundesverfassungsgericht*) à alegação de ofensa à Constituição (Nota revista para a publicação).

(67) Art. 153, § 20, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 (Constituição Federal de 1969). Na Constituição de 1988, o *habeas corpus* é previsto no art. 5.º item LXVIII: "Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (Nota revista para a publicação).

(68) Note-se que, no caso de revogação da prisão preventiva, não cabe nenhum recurso (cf. DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 355 e 353).

(69) ROXIN esclarece: "Die Beschwerde geht, sofern ihr der Haftrichter nicht abhilft (§ 306), an die Strafkammer des LG als Beschwerde an das OLG zulässig ist (part. 310) (...) "Der Haftprüfungsantrag hat keinen Devolutiveffekt, d.h., es entscheidet der Haftrichter (part. 126), ggf. nach



- mündlicher Verhandlung, die er Beschuldigte hier durch seinen Antrag erzwingen kann (§ 118, I)".*
- (69-A) GERHARD SCHMIDT, "Bundesrepublik Deutschland Landesbericht", em JESCHECK-KRÜPELMANN, "Die Untersuchungshaft" im deutschen, ausländischen und *internationalen Recht*, p. 54.
- (70) Ver n.º 7, *supra*. Ver também Quadro Anexo II (final).
- (71) Sabe-se que a lei penal, diferentemente das demais leis de direito material, necessita do processo para a efetivação da sanção, donde a necessidade de o processo bem resguardar-se contra a entropia que nele o acusado pretenda inserir, para enfraquecer as provas e frustrar a execução da pena.
- (72) As prisões processuais resgatam, pela antecipação, o débito temporal na resposta penal ao delito, débito esse consistente na inevitável demora do julgamento, ante a necessidade de observação das regras do Estado de Direito que presidem a persecução criminal. Se fosse possível iniciar e terminar o processo logo em seguida ao cometimento do delito, não haveria espaço de tempo para a prisão processual, de maneira que, por estar preso, o acusado não cometerá novo crime. Daí se vê que o *Wiederholungsgefahr* não se situa fora do delito, de maneira a se autorizar a objeção a esta *Haftgrund* de fundamentar-se na presunção de fato futuro em vez de ligar-se ao fato passado.
- (73) Ver § 9, *supra*, e notas 53 e 54, ao final.
- (73-A) A nova Constituição Federal Brasileira, de 1988, avançou significativamente na melhor regulamentação prática das garantias em geral, como acentuado na Nota 5-B, *supra*. (Nota para a publicação).
- (73-B) O *Benachrichtigungspflicht*, contudo, foi inserido, em caráter auto-aplicável, na Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, item LXII). (Nota para a publicação).

## ANEXO I

VORLÄUFIGE FESTNAHME (FESTNAHME AUF FRISCHER TAT).....	PRISÃO EM FLAGRANTE
ALEMANHA.....	BRASIL
I) VORAUSSETZUNGEN:.....	I) PRESSUPOSTOS:
1.— Festnahme auf frischen Tat.....	1.— Prisão em flagrante
2.— Identifizierungssichernde Flagranzfestnahme.....	2.— (Sem correspondente)
3.— Anwesenheitssichernde Flagranzfestnahme.....	3.— (Sem correspondente)
4.— Kein Haftbefehl.....	4.— Prisão em flagrante
II) VERFAHREN NACH DER FESTNAHME:...	II) PROCEDIMENTO SEGUINTE À PRISÃO:
1.— Vorführung vor dem Richter (128,I,StPO) (Dia seguinte à prisão).....	1.— Envio de cópia do auto de prisão flagrante ao Juiz (24 horas)
2.— Vernehmung (128-115, 2,3).....	2.— Envio do proc. flagr. em dez dias ao Juiz.
3.— Untersuchungshaft oder Freilassung (128, I).....	3.— Relaxamento do flagrante
4.— Dauer (1 Tag).....	4.— 24 horas para exame

## ANEXO II

UNTERSUCHUNGSHAF.....	PRISÃO PREVENTIVA
ALEMANHA.....	BRASIL
A) SACHLICHEN VORASSETZUNGEN:.....	A) PRESSUPOSTOS MATERIAIS:
1.— Dringend Verdach.....	1.— Existência do crime e indícios suficientes da autoria
2.— Haftgrund.....	2. Motivação da prisão
a) Flucht oder Fluchtgefahr.....	a) Assegurar aplicação da lei penal
b) Verdunkelungsgefahr.....	b) Conveniência da instrução criminal
c) Schwere der Tat (Mord Totschlag, "Völkermorder").....	c) Crimes dolosos, punidos com reclusão e exceções
d) Wiederholungsgefahr.....	d) Garantia da ordem pública
B) FORMELLEN VORAUSSETZUNGEN:.....	B) PRESSUPOSTOS FORMAIS:
1. Schriftlichen Haftbefehl.....	1.— Mandado de prisão escrito
2.— Zuständigkeit.....	2.— Juiz competente
C) VERFAHREN NACH DER FESTNAHME:...	C) PROCEDIMENTO SEGUINTE À PRISÃO:
1.— Benachrichtigungspflicht.....	1.— .....
2.— Erste Vernehmung.....	2.— .....
3.— Aufhebung.....	3.— Revogação da prisão
4.— Aussetzung.....	4.— .....
5.— Dauer des Haftbefehls ("6 Monate + 6 Monate" OLG).....	5.— Oitenta e um dias ou julgamento
6.— Haftsurrogate.....	6.— Liberdade provisória sem ou com fiança

